

3º CURSO POPULAR DE FORMAÇÃO
DE DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICAS

AULAS 9 E 10 - TEORIA DO CRIME – CONSUMAÇÃO, TENTATIVA, ARREPENDIMENTO EFICAZ E DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA, ARREPENDIMENTO POSTERIOR, CRIME IMPOSSÍVEL. CONCURSO DE PESSOAS

1. Crime Consumado

A previsão do que seria crime consumado está no artigo 14, inciso I do Código Penal.

“Art. 14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;”

O delito será consumado quando nele se reunirem todos os elementos da sua definição, a tipicidade vai estar completa. O agente, por meio de sua conduta, irá realizar a previsão, **núcleo do tipo legal, alcançando então o resultado previsto em lei.**

Não existem grandes diferenças entre o crime consumado e o chamado **delito exaurido** ou esgotado, que é aquele que vai **além** da previsão legal.

O crime exaurido é aquele que irá surtir efeitos de ordem lesiva, mesmo após a conduta criminosa ter sido realizada.

Para a tipicidade não há grande questão a ser enfrentada com relação ao crime exaurido. Entretanto, com relação à **dosimetria da pena**, o crime exaurido traz medidas mais graves. Isso porque as **conseqüências do delito**, um dos elementos das circunstâncias judiciais, previstas na 1ª fase de aplicação da pena (artigo 59 do Código Penal), são mais graves. Assim, a pena base no delito exaurido deve ser fixada em patamar superior ao mínimo legal.

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e **conseqüências do crime**, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”

A **regra** é que a aplicação desse entendimento ocorra na 1ª fase da dosimetria. Contudo, esse entendimento encontra **exceções**, como no caso do artigo 317 do Código Penal, que trata da corrupção passiva.

No parágrafo primeiro do artigo 317 está previsto o caso de um crime exaurido. Porém, em razão da expressa previsão legal, o exaurimento não vai funcionar como circunstância judicial, mas como causa de aumento de pena, na fração de 1/3. Em razão do princípio da taxatividade, consagrado no artigo 1º do Código Penal, a figura do exaurimento será considerada, nesse caso, como causa de aumento de pena.

“Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, **em consequência** da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.”

2. Crime Tentado (Artigo 14, inciso II)

O delito será tentado quando iniciada sua execução, a consumação não ocorrer por **circunstâncias alheias à vontade do agente**.

“Art. 14 - Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”

Percebe-se assim que a consumação do crime não ocorre, devido a algo que está fora, que é alheio ao intento do agente.

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, a tentativa é um **delito incompleto, mas com uma tipicidade subjetiva completa**.

Então a tentativa vai possuir um defeito na **tipicidade objetiva**, e em razão disso, surge a expressão **tipo subordinado**, uma vez que ela não é punida de maneira autônoma, isto é, será necessário invocar uma norma da parte geral do Código Penal.

Em função disso, por não ocorrer a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente, no crime tentado o agente vai responder pelo delito objetivado, mas com a **pena reduzida na fração que varia de 1/3 a 2/3**, calculada de maneira **inversamente proporcional** ao *iter criminis* percorrido pelo agente.

Significa dizer que quanto mais próximo da consumação, menor será a redução.

A tentativa é uma causa obrigatória de diminuição de pena, de modo que o juiz está vinculado a esta redução, sob pena de nulidade processual.

3. *Iter Criminis*

O *iter criminis* são as fases pelas quais o agente passa para consumir o delito. É também chamado de **caminho do crime**.

Como já dito, o *iter criminis* engloba as fases para consumir o delito e o exaurimento está fora e é algo além da consumação, prevalecendo o entendimento de que o *iter criminis* possui 4 fases.

As fases são as seguintes: **cogitação, atos preparatórios, execução e consumação**.

3.1. Cogitação

Nessa fase, o agente tem a idéia de praticar o delito, o evento, mas não sai do plano das idéias. Não se pune em direito penal a cogitação do crime.

3.2. Atos Preparatórios

Nessa fase, o agente começa a exteriorizar a vontade criminosa, por meio da preparação do delito, fase essa necessária à prática da conduta. Em regra, também não se pune em direito penal os atos preparatórios, mas há exceções. Ex: artigo 288 do Código Penal (Formação de Quadrilha ou Bando)

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à

falsificação de moeda: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

3.3. Execução

Nesta fase o agente dá início à prática do delito, ele começa a realizar aquilo que objetivou. Essa fase é fundamental para identificar a tentativa, vez que o legislador registrou: “quando iniciada a execução...” (Art. 14, inciso II do CP).

O ato executório deve ser inequívoco e idôneo. Inequívoco é o ato que se dirige à lesão do bem jurídico, o agente não pode ter dúvida quanto ao objeto que quer alcançar. Idôneo ou eficaz é o ato capaz de gerar lesão ao bem jurídico.

Obs.: a tentativa é um tipo incongruente, isto é, não há coincidência entre a vontade e o “resultado” alcançado pelo agente. (a palavra resultado é utilizada entre aspas, pois a rigor, não houve resultado naturalístico, apenas jurídico).

A tentativa é um tipo penal aberto, pois o aplicador do Direito deverá identificar qual fase foi alcançada.

3.4. Consumação

Nesta fase o agente concretiza a tipicidade, ultrapassando a fase da execução e alcançando o núcleo da figura típica.

4. Elementos da Tentativa

4.1. Início da Execução

4.2. Não ocorrência do resultado por circunstâncias alheias à vontade do agente.

4.3. Dolo (não existe tentativa sem dolo)

5. Punibilidade da Tentativa

Duas teorias buscaram esclarecer a punibilidade da tentativa:

5.1. **Teoria Subjetiva** = é aquela que está relacionada à intenção do agente, punindo o crime tentado da mesma forma que o delito consumado.

O código penal não adotou essa teoria como regra, exceto nos crimes de atentado ou de empreendimento, como no caso do artigo 352 do Código Penal (evasão mediante violência).

Art. 352 - Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

5.2. Teoria Objetiva = é a regra do Código Penal, pois a responsabilidade é vinculada à lesão sofrida pelo bem jurídico, isto é, vai haver vinculação ao *iter criminis* percorrido pelo agente.

Não admitem tentativa:

a) Os crimes unisubsistentes = são aqueles que com um só ato se consumam. (Ex: injúria verbal)

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

b) Os crimes omissivos próprios = aqueles em que a omissão está descrita em lei. Além de não admitir tentativa, também não admitem coautoria, porque a liberdade para agir é individual. Contudo, é possível a participação.

Obs.: de outro lado, os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão são delitos de ação, praticados por omissão. Eles admitem a tentativa e coautoria.

c) Crimes de **perigo abstrato** = Esses delitos possuem presunção absoluta que da conduta irá surgir um perigo. Para Luis Flávio Gomes esses crimes são inconstitucionais, pois a Constituição presume a inocência, não a culpabilidade. Ex: posse de entorpecente, porte de arma.

d) Crimes **culposos**

e) Crimes **praeterdolosos**, pois a conduta final é culposa

f) As **contravenções penais** (Art. 4º, do Decreto Lei nº 3.688/41 – Lei das Contravenções Penais)

Art. 4º Não é punível a tentativa de contravenção.

g) Crimes **habituais** = o agente faz do crime seu meio de vida. O primeiro ato é atípico, pois não é habitual. Já o segundo ato enseja a consumação.

h) Crime **continuado** (Art. 71 do CP). Trata-se de, por ficção, crime único, quando as características de tempo, local, modo, dentro outras, faz presumir que os delitos finais sejam continuação do primeiro.

i) Crimes **de atentado ou de empreendimento**

6. Formas de Tentativa

6.1. Tentativa Perfeita ou Acabada = quando o agente realiza todos os atos de execução, mas a consumação não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade.

6.2. Tentativa Imperfeita ou Inacabada = quando o agente não consuma o crime por não conseguir realizar todos os atos de execução.

6.3. Tentativa Vermelha ou Cruenta = quando o bem jurídico é atingido pelo agente.

6.4. Tentativa Branca ou Incruenta = quando o bem jurídico não é atingido pelo agente.

Obs.: é possível que as tentativas perfeita ou imperfeita sejam branca ou cruenta.

6.5. Tentativa Inidônea ou Inadequada = são os casos de crime impossível.

6.6. Tentativa Abandonada = são os casos de desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

7. Desistência Voluntária e Arrependimento Eficaz (Art. 15)

Existe um traço comum entre as 3 figuras, que é a vontade dirigida a um resultado, que não chegou a se consumar. Fixado esse traço em comum, as figuras não se confundem.

Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

Na tentativa, é algo **alheio** à vontade do agente que impede o resultado. Na desistência voluntária é o próprio agente que **abandona a execução** quando ainda lhe era possível prosseguir. O agente mantinha uma margem de ação em sua conduta, mas vai abster-se dessa atividade. A desistência voluntária possui **natureza negativa**, isto é, ela significa uma abstenção.

Já no arrependimento eficaz não há mais margem alguma, o processo de execução está encerrado, mas o agente vai atuar para impedir ou minorar os efeitos do resultado. O arrependimento eficaz possui **natureza positiva**, pois depende da atuação do agente para impedir o resultado ou diminuir seus efeitos.

- Natureza Jurídica: duas correntes buscaram esclarecer a natureza jurídica das figuras do artigo 15 do CP.

1ª Corrente: Nelson Hungria. Para ele, as figuras do artigo 15 são uma **causa extralegal de extinção da punibilidade**, não prevista no rol meramente exemplificativo do artigo 107 do CP. É corrente minoritária.

2ª Corrente: Frederico Marques. As figuras são uma **causa de exclusão de tipicidade**, pois o fato não deixa de ser punido, mas vai adquirir uma **tipicidade diversa, em função da mutação do dolo**.

A doutrina denomina as figuras do artigo 15 como **ponte de ouro**, pois o Estado oferece ao autor possibilidade de recompensa em virtude de responder pelos atos praticados, e não por aquilo que almejava fazer.

Por fim, se essa atitude do agente não for eficaz, mesmo ele buscando a solução dessa questão, sua última conduta será levada em consideração e o agente terá

a seu favor uma atenuante genérica, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “b” do Código Penal, na segunda fase de aplicação da pena.

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)
III - ter o agente (...) b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano

8. Arrependimento Posterior (Artigo 16)

Nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, o agente que reparar o dano ou restituir a coisa até o recebimento da denúncia ou queixa terá sua pena reduzida de 1/3 a 2/3.

Trata-se de uma causa obrigatória de diminuição de pena, de modo que o juiz está vinculado a ela na 3ª fase de aplicação da pena.

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

É importante destacar que o momento para essa reparação é até o recebimento da peça acusatória, pois se o momento for posterior, o agente não terá direito à causa de diminuição, mas a seu favor uma causa atenuante genérica (Art. 65, inciso III, alínea “b”).

O critério para aferição do *quantum* de diminuição irá levar em consideração a velocidade com a qual o bem foi restituído, bem como o seu estado ou a sua quantidade. O ideal é que a reparação seja integral.

O arrependimento posterior é uma circunstância objetiva, isto é, se um dos agentes reparar o dano, essa circunstância irá se aproveitar a todos os demais, a diferença, segundo a jurisprudência é que os percentuais de redução poderão ser diversos.

O arrependimento posterior precisa ser voluntário, mas não espontâneo.

O arrependimento posterior é a regra, mas há 3 exceções:

- No peculato culposo (Art. 312, parágrafo segundo do Código Penal), em que o funcionário concorre por negligência na subtração do bem público por outrem,

se o funcionário reparar o dano até o trânsito em julgado da decisão condenatória estará extinta a sua punibilidade. Se essa reparação ocorrer após o trânsito em julgado, a pena será reduzida em sua metade (quem faz a redução é o juiz da execução) – Artigo 312, parágrafo terceiro.

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Não se aplica o artigo 16, por força do artigo 12 do Código Penal, que prevê a especialidade como princípio.

Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

- No JECRIM, a **composição civil de danos**, artigo 74 da Lei nº 9.099/95, **implica na renúncia ao direito de representação**. Por ser mais benéfico e mais amplo do que a previsão do artigo 16 do CP, no JECRIM, não se aplica o arrependimento posterior.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

- Ao cheque emitido sem provisão de fundos, aplica-se a regra da **Súmula 554 do STF**, em que o pagamento realizado antes do recebimento da denúncia exclui a justa causa para a propositura da ação penal.

Súmula 554 do STF: O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

Obs.: a Súmula foi editada antes da reforma de 1984, mas ela continua sendo aplicada, por questões de política criminal.

É importante destacar que o arrependimento posterior não se confunde com o arrependimento eficaz, porque no eficaz, se evita a consumação e se afasta a tentativa. Já no arrependimento posterior, a consumação subsiste, mas a pena será reduzida.

9. Delito Putativo

No crime putativo o agente pensa que está praticando um delito, quando na verdade realiza algo irrelevante para o direito penal. O erro do agente é sua marca característica, pois caso contrário, o direito penal sequer estaria interessado em apreciar esse assunto.

O delito putativo recebeu da doutrina o nome de **crime suposto** ou **delito imaginário** e ele se divide da seguinte forma:

a) Delito Putativo por erro de proibição: Nesse caso o agente supõe infringir uma norma penal que na realidade não existe. Ex: o pai que mantém relação sexual com a filha, maior de idade, de maneira consentida. Ele pensa que o incesto é crime, quando na verdade é algo irrelevante para o Direito Penal. O delito putativo por erro de proibição também é chamado de **erro de proibição invertido.**

b) Delito Putativo por erro de tipo: Agora, o agente está ciente de um elemento do crime, na verdade, ele pensa que está diante desse elemento, mas essa situação fática na realidade não existe. Ex: o agente pensa que esta subtraindo a

própria carteira. Essa modalidade de crime putativo se confunde com o crime impossível, porém o foco entre essas figuras é distinto.

O principal no delito putativo por erro de tipo é o cenário, ao passo que no crime impossível é o objeto tutelado pelo direito. Por exemplo: a mulher engravidada, o feto morre, mas sem saber ela toma pílula abortiva para interromper a gravidez. Houve aí crime impossível por conta do objeto vida intra-uterina. No mesmo contexto, se ela tem gravidez psicológica e faz a mesma manobra, houve delito putativo por erro de tipo.

c) **Delito putativo por obra do agente provocador**: Nesse caso, as circunstâncias fáticas determinadas por outrem **induzem** a pessoa a praticar o delito, e ao mesmo tempo são tomadas medidas para inviabilizar a prática criminosa. Ex: o policial que finge ser bicheiro e prende as pessoas que surgem como apostadoras.

São os casos de flagrante preparado. Nesse sentido, a Súmula 145 do STF: **“não há crime quando a preparação do flagrante pela Polícia torna impossível a consumação”**.

De outro lado, se a Polícia aguardar, retardar a sua ação como no caso da Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), o flagrante é esperado, diferido ou retardado. Ele é válido e o delito será consumado. Ele não se confunde com o preparado, pois este é nulo, não havendo sequer tentativa e a iniciativa parte do agente provocador.

10. Crime Impossível (Art. 17)

Haverá crime impossível, também chamado de **tentativa inidônea ou inadequada**, ou **crime falho**, quando por absoluta impropriedade do objeto ou absoluta ineficácia do meio, a consumação jamais será levada a efeito.

- Impropriedade absoluta do objeto = significa dizer que o bem jurídico protegido, como a vida, o patrimônio, etc., possui natureza tão inadequada que jamais será vulnerada.

- Ineficácia absoluta do meio = diz respeito à forma ou ao instrumento com as quais o delito é cometido.

Tanto o objeto quanto o instrumento devem ter impropriedade **absoluta**, porque se forem relativas haverá crime tentado.

O crime impossível é impunível, não se requer a sua tentativa.

Natureza jurídica: o crime impossível é uma **causa de exclusão da tipicidade**, pois o evento realizado não se enquadra em nenhuma previsão legal.

Quase Crime: até 1984 a previsão do crime impossível era tratada como quase crime, porque se o agente praticasse uma conduta em que o meio ou o objeto não tivessem propriedade para ser vulnerado, mesmo o agente sendo imputável, ele estaria sujeito a medida de segurança, em função de sua periculosidade. Hoje, com o crime impossível, por ser uma causa de exclusão da tipicidade, o agente não responde por nada.

CONCURSO DE PESSOAS (Artigo 29 e seguintes do Código Penal)

A teoria geral do concurso de pessoas por excelência é aplicada nos crimes unilaterais ou unissubjetivos ou monosubjetivos, isto é, que podem ser praticados por uma só pessoa, tais como, homicídio, roubo, peculato, etc.

Todavia, eventualmente, esses crimes poderão ser praticados por duas ou mais pessoas, razão pela qual também são chamados de crimes de concurso eventual.

Obs. no crime plurilateral ou plurissubjetivo a pluralidade de agentes é requisito essencial na sua caracterização, ex. quadrilha, associação para o tráfico, rixa (doutrina entende que necessita de 3 pessoas), etc.

Por esta razão estes crimes também são chamados de crimes de concurso necessário.

No crime de concurso necessário todos os agentes independentemente da sua função formal no contexto causal, são considerados autores.

São exigidos 4 requisitos na caracterização do concurso de pessoas:

Pluralidade de agentes culpáveis e de condutas.

Relevância causal das condutas

Identidade de infração penal para todos os agentes.

Liame psicológico entre os agentes.

PLURALIDADE DE AGENTES CULPÁVEIS E DE CONDUTAS: há duas formas de concurso de pessoas, coautoria e participação:

Por conta disso surgem 3 teorias que buscam definir quem é o autor/coautor e quem é o partícipe no concurso de pessoa.

1ª) teoria extensiva ou material objetivo: segundo a qual, todo aquele que concorre para o resultado é considerado autor do crime.

Portanto, esta teoria não faz distinção entre autor e partícipe, porque **estende** a postura de autor para todos os agentes que concorrem para o resultado.

A crítica a esta teoria decorre da previsão de crimes que não tem resultado ou nos quais este resultado material não é necessário na sua caracterização, por exemplo, nos crimes formais.

2ª) teoria restritiva ou formal objetivo: neste caso o autor é aquele que exerce elementares do tipo penal fundamental, inclusive o verbo, núcleo do tipo.

O partícipe é aquele que concorre de qualquer modo para o crime sem exercer elementares do tipo penal fundamental.

A crítica a esta teoria está na colocação e análise da autoria mediata ou indireta no concurso de pessoas.

Nesta teoria a autoria mediata ou indireta é um mero complemento que não caracteriza concurso de pessoas, em nenhuma das suas formas.

3ª) teoria do domínio do fato ou final objetiva: (finalismo HANS WELZEL) nesta teoria o autor é aquele que detém o controle finalístico da ação criminosa, seja para lhe dar início, seja para lhe dar continuação ou término.

O partícipe é aquele que concorre de qualquer modo para o crime sem possuir este controle finalístico.

Nesta teoria ao lado do executor, também são considerados autores, o mandante, o autor intelectual e o autor mediato ou indireto.

OBS GERAL: No Brasil as duas últimas teorias são as preferidas (teoria restritiva, é a mais utilizada, pois facilita a defesa do acusado, e a teoria domínio do fato, utilizada perfeitamente em crimes societários)

Obs. livro. Teoria do domínio do fato – Damásio de Jesus.

Autoria MEDIATA ou INDIRETA: autoria mediata é aquela na qual o agente utiliza uma pessoa sem discernimento na execução da infração penal. Esta falta de discernimento ocorre em várias hipóteses, entre as quais:

1) falta de culpabilidade em qualquer um dos seus 3 aspectos:

1.1. falta de exigibilidade de conduta adversa, tal qual, na coação moral irresistível.

1.2 falta de imputabilidade, tal qual, o agente que utiliza um louco para colocar veneno na comida da vítima.

1.3. falta de consciência da ilicitude, tal qual, o agente que induz alguém a um erro de proibição invencível.

2) falta de dolo ou culpa: ex. o autor mediato provoca erro de tipo essencial e inevitável no executor, tal qual o filho que pede a sua mãe que leve uma “encomenda” ao seu amigo na Europa, quando tratava-se de 200 gramas de cocaína.

3) falta de conduta livre: ex. hipnose. Força maior diante de coação física irresistível (Anderson Silva pegou sua mãe e desferiu um soco na vítima)

Como se verifica nas situações acima, não há concurso de pessoas entre o autor mediato e a pessoa sem discernimento que executa a conduta, razão pela qual, a autoria mediata também é chamada de pseudo concurso de pessoas ou concurso aparente de pessoas.

Por esta razão, a teoria restritiva melhor coloca e explica a autoria mediata do contexto do concurso de pessoas.

O que poderá haver é concurso de pessoas entre autores mediatos. (2 pessoas coagem)

A teoria geral da teoria mediata trabalha apenas com seres humanos sem discernimentos, isto porque, se o agente utilizar um instrumento ou um animal na execução do crime, será considerado o seu autor imediato.

Da mesma forma, segundo orientação majoritária, o crime de mão própria não admite autoria mediata.

Diante da teoria restritiva o conceito de coautoria e de participação é o seguinte:

Coautoria: é aquela que se verifica quando 2 ou mais pessoas, com identidade de propósitos, executam elementares do tipo penal fundamental.

Obs. como já visto, o concurso de pessoas exige agentes culpáveis, caso contrário, haverá o instituto da autoria mediata.

Obs. todavia, nos tipos penais derivados e nos crimes de concurso necessário

os inculpáveis devem ser computados na sua caracterização.

Ex. o maior e o menor que praticam um furto, qualificam o crime pelo concurso de pessoas.

Ex. um louco, um menor e dois hígidos (normal), formam uma quadrilha caso associada para a prática de crimes.

Participação: é aquela que se verifica quando alguém de qualquer modo concorre para o crime sem exercer elementares do tipo penal fundamental.

A participação é sempre **acessória**, e, de acordo com o art. 31 do CP somente acarreta responsabilidade penal, quando o crime chega ao menos a ser executado. (tentado)

A teoria da acessoriedade limitada da participação é a mais aceita na doutrina, segundo a qual, é necessário que o executor pratique um fato típico e antijurídico para que haja participação neste fato.

Obs. esta teoria deve ser adotada por aqueles que entendem que a autoria mediata ou indireta é uma forma de participação, tal qual, Nelson Hungria.

Obs. na teoria da acessoriedade máxima da participação é necessário que o executor pratique um fato típico, antijurídico e culpável, para que haja participação.

Esta teoria deve ser adotada por aqueles que entendem que a autoria mediata ou indireta não caracteriza forma de participação, tal qual, FMB.

FORMAS DE PARTICIPAÇÃO:

a) moral: que se verifica por meio do induzimento ou da instigação.

Obs. Induzir significa criar ideia não existente na mente de alguém. Instigar, significa alimentar ideia já existe na mente de alguém.

b) material: que se verifica pelo auxílio.

Obs. o auxílio não obstante material pode ser físico ou intelectual. Ex. o partícipe entrega o veneno ao executor do homicídio. Ex. o partícipe ensina o executor do homicídio a fazer o veneno.

Obs. ajuda e auxílio são sinônimos.

Obs. o cúmplice é o partícipe material, porém, cúmplice e cumplicidade são termos não mais utilizados na lei penal. Cúmplice = partícipe de caráter material.

Não se admite participação **após a consumação do crime**. O que poderá haver é a adesão em novo crime autônomo.

Ex. depois que o executor mata a vítima o agente chega atrasado e agora lhe empresta uma pá para ocultar o cadáver.

Entretanto, se o agente prometeu ajuda antes da consumação mesmo que não ajude na execução do crime, poderá ser responsabilizado pela instigação, porque encorajou o executor.

A participação em cadeia é a participação da participação, ex. A induz B que instiga C que auxilia D a matar J.

Participação sucessiva é aquela que, se verifica quando a **mesma pessoa** é induzida, instigada ou auxiliada por **pessoas diferentes**, sem que nenhuma saiba da outra.

Ex. A induz D a matar J, no dia seguinte B instiga D a matar J e no final da tarde C entrega uma faca para D matar J, sendo que , A, B e C não sabem uns dos outros.

A consequência nas duas situações acima é que todos respondem criminalmente, isto é, A, B, C e D.

RELEVÂNCIA CAUSAL DAS CONDUTAS: no concurso de pessoas somente acarreta responsabilidade aquela conduta que tenha relevância no contexto causal, isto porque, condutas inócuas (inúteis) não acarretam responsabilidade penal.

Para saber se determinada conduta é ou não relevante, deve ser utilizada o processo de eliminação hipotética de Thyrén, segundo o qual eliminando-se mentalmente a conduta do agente se o crime não ocorrer como ou quando ocorreu significa que sim, ela era relevante, caso contrário não.

Ex. Joaquim está 100% decidido a matar Irene. Manuel que não gostava da vítima lhe empresta uma faca, Joaquim esgana fatalmente Irene, portanto, Manuel não responde criminalmente.

Obs. caso Joaquim estivesse 70% decidido a matar Irene mesmo que não utilizasse a faca emprestada por Manuel, este responderia a título de instigação, porque o empréstimo da arma estimula o cometimento do crime.

Obs. obviamente que se Joaquim utiliza a faca emprestado por Manuel para matar Irene, haverá participação material.

Qual é a natureza jurídica da participação de menor importância? A natureza

jurídica da participação de menor importância consiste em causa de diminuição da pena de 1/6 a 1/3 Ela está prevista no artigo 29, parágrafo primeiro do Código Penal e significa aquela participação que não obstante apresente relevância causal, é muito ínfima.

Obs.: somente no caso concreto é possível a sua constatação. O “fuga” ou quem fica vigiando não configuram a participação de menor importância. Ex: conseguir um mapa do local.

O que é conivência? A conivência ou participação negativa é caracterizada pela omissão da pessoa que sabe de um crime e não faz nada para evita-lo ou comunica-lo, mas que não tem relevância penal, porque esta pessoa não tem estes deveres.

Obs.1: o artigo 13, parágrafo segundo do CP estabelece três casos de relevância da omissão diante do dever e da possibilidade de evitar o resultado. Regra semelhante está prevista na parte final do artigo 2º da Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98).

Obs.2: o funcionário público e o profissional da higiene sanitária que no exercício das suas atividades tomarem conhecimento de crime de ação penal pública incondicionada tem o dever de comunica-lo à autoridade. Caso contrário, praticarão a contravenção penal do artigo 66 da LCP.

Relevância diante dos crimes omissivos

No Brasil, orientação majoritária sustenta que:

1. crime omissivo próprio ou puro admite o concurso de pessoas, mas apenas a participação (não admite coautoria). Isto porque a conduta exigida no tipo preceptivo é pessoal e indecomponível e todo aquele que direta e pessoalmente puder fazer o que a Lei manda mas se omitir, será autor de um crime autônomo omissivo próprio.

2. no crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, são admitidas todas as formas de concurso de pessoas, porque aqui o tipo violado é um tipo proibitivo.

Identidade de infração penal para todos os agentes: no Brasil foi adotada a teoria monista ou unitária ou igualitária para o concurso de pessoas, segundo a qual

todos os agentes respondem pelo mesmo crime, com a mesma pena cominada em abstrato. Ex: 10 pessoas vão roubar um banco. Algumas entram na agência para exercer violência, grave ameaça e subtração. Outras do lado de fora garantem sucesso da operação, vigiando, dando fuga, e etc.. Portanto, independentemente da sua função formal no contexto causal, todas responderão por roubo com a pena de reclusão de 4 a 10 anos e multa.

Quando isto não se verificar, não há que se falar em concurso de pessoas, porque se adotou a teoria monista na lei penal.

Ocorre porém que em várias situações, diante do mesmo fato, a lei penal rompe com a teoria monista. Portanto, nessas hipóteses não há concurso de pessoas. Exemplos:

a) Cooperação Dolosamente Distinta ou Desvio Subjetivo de Conduta ou Participação em Crime Menos Grave (Art. 29, parágrafo segundo do CP): quando o agente quis participar de crime menos grave que aquele praticado e, portanto, responderá apenas pelo crime menos grave que quis praticar.

Obs.: caso o resultado mais grave lhe seja previsível (culposo), a pena será aumentada até a metade.

b) Na corrupção, o particular que oferece vantagem indevida responde por corrupção ativa, enquanto que o funcionário público que a aceita por corrupção passiva.

c) No tráfico, o colaborador informante responde pelo artigo 37, enquanto o traficante no artigo 33, *caput*.

Liame Psicológico entre os Agentes: é o vínculo que liga um agente ao outro no concurso de pessoas. No crime doloso este vínculo é subjetivo. No crime culposo, este vínculo é normativo. Todavia, basta que pelo menos 1 agente faça a adesão à vontade do outro, isto é, no concurso de pessoas não é necessário o ajuste prévio entre os agentes. Ex: empregada doméstica, sabendo de ladrão que ronda a vizinhança, deixa a porta aberta de propósito para se vingar da patroa. O ladrão entra pela porta e pratica o furto. Portanto, a empregada é partícipe do crime, mesmo que inexistente o ajuste prévio.

Obs.: todavia, esta adesão deve respeitar a homogeneidade do elemento psicológico do concurso de pessoas, o que pode ser traduzido em 2 frases:

- não há participação dolosa em crime culposo;

- não há participação culposa em crime doloso.

Ex: a empregada, por descuido, esquece a porta aberta e o ladrão entra e pratica o furto. Portanto, ela não responde criminalmente.

Obs.: todavia, admite-se a responsabilidade penal do agente quando a sua conduta isoladamente considerada tem previsão típica. Ex: no caso acima, se fosse a faxineira do fórum que tivesse esquecido por descuido a porta aberta, ela responderia por peculato culposo, enquanto que o ladrão por furto.

Autoria Colateral: ela se verifica quando duas ou mais pessoas simultaneamente praticam conduta buscando o mesmo resultado, sem que nenhuma saiba da outra. Ex: Pedro e Paulo, ao mesmo tempo, atiram contra Jesus para mata-lo, sem que um saiba do outro e Jesus morre com um único disparo. Portanto, descoberta a autoria do disparo fatal, este agente responderá por homicídio, mas o outro somente por tentativa de homicídio.

Obs.: caso houvesse vínculo entre os agentes, ambos responderiam por homicídio consumado.

Autoria Incerta: no contexto da autoria colateral, é aquela que se verifica quando não é descoberto o causador do resultado.

Obs.1: todas as questões sobre autoria incerta devem ser solucionadas utilizando-se o princípio *in dubio pro reo*.

Obs.2: quando, fora do contexto de autoria colateral, não se sabe quem foi o causador do resultado, verifica-se a autoria desconhecida ou ignorada.

Concurso de Pessoas no Crime Culposo: no Brasil, pacificamente admite-se o concurso de pessoas no crime culposo, mas apenas coautoria, conforme orientação majoritária.

O crime culposo é um tipo aberto e, portanto, exige um juízo de valoração (vínculo normativo) acerca da quebra do dever de cuidado por negligência, imprudência ou imperícia.

A quebra do dever de cuidado é personalíssima, isto é, cada qual quebra o seu, enquanto autor. Portanto, quando duas ou mais pessoas, ligadas por um vínculo normativo, juntas provocam um resultado danoso involuntário decorrente da quebra do dever de cuidado, serão coautoras de crime culposo, independentemente da sua

função física formal no contexto causal. Ex: dois pedreiros jogando uma tábua ao invés de descer pelo elevador, pois estão com pressa; um motorista instiga o outro a um racha.

Comunicabilidade do Concurso de Pessoas: o artigo 30 do CP estabelece três regras sobre a comunicabilidade de alguns aspectos no concurso de pessoas.

Obs.: ocorre porém que a redação deste artigo é confusa, sendo necessário fazer a seguinte distinção:

a) circunstâncias e condições são aspectos secundários do fato criminoso, que não alteram a figura típica, mas somente a pena.

b) elementares são aspectos que constituem a figura típica fundamental e caso estejam ausentes ou o fato será atípico ou transformado em outro crime.

Regras do artigo 30:

a) as circunstâncias e condições pessoais **não** se comunicam, porque são de caráter subjetivo e dizem respeito à pessoa do criminoso. Ex: reincidência, menoridade dos 21 anos e etc..

b) as circunstâncias e condições materiais comunicam-se, desde que conhecidas pelo comparsa. Isto porque, são de caráter objetivo e dizem respeito ao fato criminoso. Ex: o emprego de fogo qualifica o homicídio; a fraude qualifica o furto e etc..

c) as elementares, sejam pessoais, sejam materiais, comunicam-se, desde que conhecidas pelo comparsa. Ex: a influência do estado puerperal é elementar do crime de infanticídio. Portanto, comunica-se ao coagente ciente; nos crimes funcionais típicos, a qualidade de funcionário público comunica-se ao particular ciente.